

Notas sobre a penhorabilidade de ativos financeiros de empresas públicas e sociedades de economia mista

Wanderley José Federighi¹

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

Sumário: 1. Introdução. 2. As empresas estatais: considerações sobre o tema. Conceito. 3. As empresas públicas: suas características. 4. As sociedades de economia mista: suas características. 5. Legislação referente à matéria. 6. A execução contra as empresas públicas e as sociedades de economia mista: a consequente questão da penhora. 7. Análise da jurisprudência referente ao tema. 8. Conclusões. Referências.

1. Introdução

Recentes decisões do colendo Supremo Tribunal Federal referentes à execução contra entes que pertencem à Administração Pública, *lato sensu*, vêm trazendo entendimento no sentido de ser cabível a referida execução por meio do sistema de *precatório judicial*, fato este que veio a causar questionamentos.

Em decisão proferida em 12.10.2012, a Ministra Cármen Lúcia examinou Recurso Extraordinário, interposto pelo Hospital Nossa Senhora da Conceição S/A., no RE 712.648-RS, em ação em que este contendia com particulares, tendo o Tribunal local decidido que, sendo o Hospital em questão uma sociedade de economia mista, não fazia jus aos privilégios da Fazenda Pública, entre eles a execução por meio de precatório. Sobreveio a interposição do recurso, sobredito tendo a nobre Ministra decidido que seria cabível tal espécie de execução, *in casu*, assim ementando o V. Acórdão:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO EM REGIME NÃO CONCORRENCIAL: APLICABILIDADE DO REGIME DE PRECATÓRIO. JULGADO RECORRIDO DIVERGENTE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL. RECURSO PROVIDO.

S. Exa., ao assim decidir, fundamentou a referida decisão em outros Acórdãos daquela Corte, entre os quais o RE 580.264, da relatoria do Ministro Ayres Britto (DJe 06.10.2011); o RE 599.628, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa (DJe 17.10.2011); o RE 592.004-AgR, da relatoria do mesmo Ministro (DJe 22.06.2012); e o ARE 698.357-AgR/RS, de sua própria relatoria (DJ 04.10.2012).

Desta forma, S. Exa. deu provimento ao RE, para o fim de “assentar a aplicabilidade do regime de precatório ao Recorrente”.

¹ Professor assistente da Escola Paulista da Magistratura. Membro da Academia Paulista de Direito e da Academia Paulista de Magistrados. Bacharel e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Acreditando haver alguns pontos a serem ponderados a respeito do tema, humildemente trago à baila algumas considerações que me parecem necessárias — inclusive para evitar-se que, no futuro, entes que não fazem jus ao privilégio processual em questão venham a obtê-lo, em detrimento dos autores de ações judiciais contra eles movidos, que se verão manietados ao complexo sistema de execução por meio de precatório, o qual normalmente arrasta essa fase do processo por muitos anos (quando não por muitas décadas).

Isto, à evidência, para que, acima de qualquer coisa, prevaleçam a letra da lei e a Justiça.

2. As empresas estatais: considerações sobre o tema. Conceito

A Constituição Federal de 1988 dedica um de seus Títulos à *Ordem Econômica* (a partir do art. 170), com vários desdobramentos, um dos quais é a possibilidade do próprio Estado atuar na atividade econômica, por meio de *empresas públicas* e *sociedades de economia mista*, gerindo atividades que não se encontrem solidamente estabelecidas nas mãos dos particulares, prestando serviços imprescindíveis à população ou, ainda, explorando atividade econômica.

Assim, o art. 173, *caput*, da CF/1988, dispõe ser cabível a exploração direta de atividade econômica pelo Estado “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”, conforme definidos em lei.

Sobre a questão, pronuncia-se José Afonso da Silva (2002, p. 213):

Prevê-se a atuação do Estado na economia, sob duas formas: pela intervenção e pela participação. A primeira fundada no art. 174, em que aparece o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, que compreende as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, caracterizando o Estado regulador, o Estado promotor e o Estado planejador da atividade econômica, com normas especiais sobre a política urbana (art. 182) e a política agrícola e fundiária e reforma agrária (arts. 184 a 191). A segunda com base nos arts. 173 e 177, caracterizando o Estado administrador da atividade econômica, sistema segundo o qual o Estado explora atividade econômica por meio de empresa pública, sociedade de economia mista e outras entidades estatais ou paraestatais, como são as subsidiárias daquelas.

Os desdobramentos disso são vários.

As denominadas *empresas estatais*, apesar de serem reiteradamente ligadas à imagem do Estado, em especial pelos leigos, são, em verdade, *pessoas jurídicas de direito privado*, pertencentes à denominada Administração Pública Indireta; a saber, são elas as *empresas públicas* e as *sociedades de economia mista*.

Hely Lopes Meirelles (2015, p. 68) lhes dava o título de *entidades empresariais*, aduzindo que as mesmas são:

Pessoas jurídicas de Direito Privado, instituídas sob a forma de sociedade de economia mista ou empresa pública, com a finalidade de prestar

serviço público que possa ser explorado no modo empresarial, ou de exercer atividade econômica de relevante interesse coletivo.

Por seu turno, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que as *empresas estatais ou governamentais* são:

Todas as sociedades, civis ou comerciais, de que o Estado tenha o controle acionário, abrangendo a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras empresas que não tenham essa natureza e às quais a Constituição faz referência, em vários dispositivos, como categoria à parte (arts. 71, II, 165, § 5º, III, 173, § 1º). (2002, p. 381)

Malgrado a personalidade jurídica de Direito Privado, tais empresas estatais têm em comum algumas características, a saber:

a) sofrem controle pelos Tribunais de Contas, Poder Legislativo e Poder Judiciário; b) têm o dever de contratar mediante *prévia licitação* – contudo, as empresas públicas e as sociedades de economia mista que explorarem atividade econômica *não precisam licitar para a contratação de serviços e aquisição de bens relacionados diretamente com as suas atividades finalísticas*, sob pena de inviabilizar a competição com as empresas privadas do mesmo setor; c) há obrigatoriedade de realização de *concurso público*; d) há *proibição de acumulação* de cargos, empregos e funções públicas; e) a contratação de pessoal se dá pelo *regime celetista* de emprego público, com a exceção dos *dirigentes*, que estão sujeitos ao regime *comissionado* (os denominados “cargos de confiança”); f) a *remuneração* dos empregos *não é sujeita ao teto constitucional*, exceto se receberem recursos públicos para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral; g) há jurisprudência do STF, considerando *inconstitucional a exigência de aprovação prévia*, no âmbito do Poder Legislativo, como requisito para nomeação de seus dirigentes pelo Chefe do Executivo; h) *não podem ir à falência* (art. 2º, inciso I, da Lei n. 11.101/2005). Vide, a propósito, Alexandre Mazza (2011, p. 145).

Por seu turno, Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca o fato de que as empresas públicas e as sociedades de economia mista têm traços em comum, a saber:

- 1) Criação e extinção por lei;
- 2) Personalidade jurídica de direito privado;
- 3) Sujeição ao controle estatal;
- 4) Derrogação parcial do regime de direito privado por normas de direito público;
- 5) Vinculação aos fins definidos na lei instituidora;
- 6) Desempenho de atividade de natureza econômica. (2002, p. 383)

3. As empresas públicas: suas características

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, as referidas *empresas públicas*, de *públicas* têm *apenas o nome*, e a circunstância de se alicerçarem em capitais unicamente governamentais. O autor destaca ser esta a grande diferença das empresas públicas

das *autarquias*: estas submetem-se ao regime de direito público, enquanto as empresas públicas são disciplinadas pelo direito privado. São, ambas, *peças governamentais*, formadas com recursos integralmente de origem pública; entretanto, as autarquias estão colhidas pelo *regime jurídico administrativo*, sendo, destarte, pessoas jurídicas de *direito público*, enquanto as empresas públicas norteiam-se basicamente pelo *direito comercial*, e, portanto, são *peças jurídicas de direito privado*.

Desta forma, o referido jurista conceitua a empresa pública como sendo:

A pessoa jurídica de direito privado, constituída sob a forma de sociedade mercantil e formada por capitais exclusivamente governamentais, criada (ou assumida) pelo Estado como instrumento de sua ação, por via empresarial, para a realização de interesses relevantes para a coletividade e por isso mesmo submetida a um regime jurídico marcado por certa originalidade em relação às demais sociedades comerciais. (1979, p. 133-134)

Por seu turno, Alexandre Mazza (2011, p. 145-146) aduz serem elas:

Pessoas jurídicas de Direito Privado, criadas por autorização legislativa, com totalidade de capital público e regime organizacional livre. Exemplos: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, Caixa Econômica Federal – CEF, Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – EMBRAPA e Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero.

Hely Lopes Meirelles oferecia o seguinte conceito e considerações:

Empresas públicas são pessoas jurídicas de Direito Privado, autorizadas por lei a se constituírem com capital exclusivamente público, para realizar atividades de interesse da Administração instituidora nos moldes da iniciativa particular, podendo revestir qualquer forma e organização empresarial.

[...]

O que caracteriza a empresa pública é o seu capital exclusivamente público, de uma só ou de várias entidades, mas sempre capital público. Sua personalidade é de direito privado e suas atividades se regem pelos preceitos comerciais. É uma empresa, mas uma empresa estatal por excelência, constituída, organizada e controlada pelo Poder Público. (1991, p. 319-320)

Tais empresas “se nivelam às organizações particulares nas suas operações, direitos e obrigações decorrentes do desempenho estatutário, e se sujeitam ao regime trabalhista e tributário comuns”.²

O art. 5º, II, do Decreto-lei nº 200/1967 oferece o conceito legislativo de tais entes; as empresas públicas, segundo esse dispositivo, são “entidades dotadas de personalidade

² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União”, criadas por lei para exploração de atividade econômica que o governo seja levado a exercer por força de contingência, ou de conveniência administrativa.

Podem elas, como previsto, revestir-se de *quaisquer formas admitidas em direito*.

Alexandre Mazza (2011, p. 146) afirma que tal conceito, entretanto, encontra-se desatualizado, em 3 (três) pontos principais:

- 1) “capital exclusivo da União”: na verdade, a doutrina considera que o capital das empresas públicas deve ser *exclusivamente público*, podendo sua origem ser *federal, distrital, estadual* ou até *municipal*;
- 2) “criadas por lei”: a nova redação do art. 37, XIX, da CF, dada pela Emenda nº 19/1998, prescreve que empresas públicas e sociedades de economia mista *não são criadas por lei*, mas sim mediante *autorização legislativa*;
- 3) “para exploração de atividade econômica”: atualmente, empresas públicas podem desempenhar dois tipos diferentes de atuações: exercer *atividades econômicas* ou prestar *serviços públicos*.

Têm as empresas públicas 4 (quatro) características fundamentais.

A primeira é a *criação autorizada por lei específica*: sempre que a CF utiliza a expressão “mediante autorização legislativa”, é porque a forma de instituição da entidade submete-se a um procedimento diverso da mera “criação por lei”.

A instituição por meio de *lei específica* possui 3 (três) fases: a) *promulgação de lei* autorizadora; b) *expedição de decreto regulamentando a lei*; c) *registro dos atos constitutivos* em cartório e na Junta Comercial. Ao contrário das autarquias, criadas por lei, a personalidade jurídica das empresas públicas não surge com a simples promulgação do diploma legislativo, mas com o registro de sua constituição no cartório competente.

Nesse sentido é a redação do art. 45 do Código Civil:

Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Essa forma de criação é imposta pela *natureza privada* das empresas públicas.

Pela mesma razão, a *extinção* de tais empresas exige um procedimento idêntico: a) lei autorizando; b) decreto regulamentando a extinção; c) baixa dos atos constitutivos no registro competente.

A *segunda característica fundamental* é *todo o capital ser público*: nas empresas públicas não existe dinheiro privado integrando o capital social.

A *terceira característica fundamental* é a *forma organizacional livre*: o art. 5º do Decreto-lei nº 200/1967 determina que a estrutura organizacional das empresas públicas pode adotar *qualquer forma admitida pelo Direito Empresarial*, tais como: sociedade anônima, limitada e comandita.

Por fim, a *última característica fundamental das empresas públicas* é a de que as *suas demandas são de competência da Justiça Federal*: nos termos do art. 109 da CF, cabe à Justiça Federal julgar as causas de interesse da União, entidade autárquica ou empresa pública federal. No caso das empresas públicas *distritais, estaduais* ou *municipais*, em regra, as demandas são julgadas em *varas especializadas da Fazenda Pública na justiça estadual comum*.

Há uma questão fundamental, outrossim, no que diz respeito ao *patrimônio* da empresa pública, e os reflexos daí decorrentes para com as relações processuais referentes a tais entes.

O *patrimônio* da empresa pública, ainda que seja *público por origem*, pode, como lembrava Hely Lopes Meirelles (1991, p. 323):

Ser utilizado, onerado ou alienado na forma regulamentar ou estatutária, independentemente de autorização legislativa especial, porque tal autorização está implícita na lei instituidora da entidade. Daí decorre que todo o seu patrimônio — bens e rendas — serve para garantir empréstimos e obrigações resultantes de suas atividades, sujeitando-se à execução pelos débitos da empresa, no mesmo plano dos negócios da iniciativa privada, pois sem essa igualdade obrigacional e executiva, os seus contratos e títulos de crédito não teriam aceitação e liquidez na área empresarial, nem cumpririam o preceito igualizador do parágrafo 1º do art. 173 da Constituição da República.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por seu turno, lembra que a situação da empresa pública é análoga à de uma empresa particular, concessionária de serviços públicos; e, quanto a seus *bens, obrigações e atos*, rege-se pelo *direito privado*; ou seja, seu regime persiste sendo o de uma *empresa mercantil*, ainda que, destinando-se à prestação de serviços, estes se achem, a bem da coletividade, beneficiados por normas protetoras (1979, p. 132).

Claro está, portanto, que o *patrimônio* da empresa pública, de acordo com a doutrina, subsume-se às normas de *direito privado*.

4. Sociedades de economia mista: suas características

As *sociedades de economia mista* são *pessoas jurídicas de direito privado*, criadas mediante *autorização legislativa*, com *maioria de capital público* e organizadas obrigatoriamente como *sociedades anônimas*. São sociedades de economia mista a Petrobrás, o Banco do Brasil, a Telebrás, a Eletrobrás e a Furnas, em nível federal, entre outras; no Estado de São Paulo, são exemplos de sociedades de economia mista a Desenvolvimento Rodoviário S/A. (Dersa), a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP); a extinta Ferrovia Paulista S/A. (Fepasa) também o era, entre várias outras.

O *conceito legal das sociedades de economia mista* encontra-se no art. 5º, inciso III, do Decreto-lei nº 200/1967:

A entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de

sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou à entidade da Administração Indireta.

Tal conceito, já antigo, igualmente comporta *dois reparos*, pela doutrina mais moderna:

- elas são *criadas por autorização legislativa*, e não por lei; e
- além de explorar atividades econômicas, *podem também prestar serviços públicos*.

Outrossim, também existem as chamadas sociedades de economia mista pertencentes aos estados, ao Distrito Federal, aos municípios e às respectivas entidades descentralizadas, razão pela qual a limitação feita pelo dispositivo supra à União também se encontra desatualizada.

São as referidas características bastante assemelhadas às da empresa pública, possuindo *quatro* características relevantes.

A primeira é, também, a *criação autorizada por lei*: a personalidade jurídica surge com o *registro dos atos constitutivos em cartório*, não sendo as mesmas criadas por lei.

A segunda indica que o *capital, em sua maioria, é público*: na composição do capital votante, pelo menos 50% mais uma das ações com direito a voto *devem pertencer ao Estado*. É obrigatória, entretanto, a presença de capital votante privado, ainda que amplamente minoritário, sob pena de a entidade converter-se em empresa pública. No que toca às ações sem direito a voto, a legislação não faz qualquer exigência em relação a seus detentores, podendo inclusive todos pertencer à iniciativa privada. A lei preocupa-se apenas em garantir ao Poder Público o controle administrativo da entidade, o que depende somente da composição do capital votante. Entretanto, se o Estado detiver minoria do capital votante, estaremos diante de uma *empresa privada com participação estatal*, caso em que *a entidade não pertence à Administração Pública*.

A terceira mostra que a mesma toma a *forma de sociedade anônima*: por expressa determinação legal, as sociedades de economia mista devem ter obrigatoriamente a estrutura de S.A.

Por fim, quanto às suas *demandas*, são elas *julgadas na Justiça Estadual comum*: ainda que federais, as sociedades de economia mista demandam e são demandadas perante a Justiça Estadual (art. 109 da CF).

5. Legislação referente à matéria

O art. 649 do CPC/1973 traz a lista dos bens considerados *absolutamente impenhoráveis*, tendo o inciso I colocado os bens *inalienáveis* e os declarados, por ato voluntário, *não sujeitos à execução*. O art. 833, I, do novo CPC traz dispositivo idêntico.

O art. 100 do Código Civil de 2002 estabelece que *os bens públicos são inalienáveis*, razão pela qual os mesmos enquadram-se entre os *bens impenhoráveis*, referidos no mencionado art. 833, I, do novo CPC. Características reconhecidas dos bens públicos são a *impenhorabilidade* e a *inalienabilidade*.

O art. 655 do Código de Processo Civil de 1973 estabelece a *ordem de bens para a penhora*, começando com dinheiro, em espécie ou em depósito ou *aplicação em instituição*

financeira (inciso I). Tal dispositivo é repetido no atual Código, de 2015, em seu art. 835, inciso I, com a mesma redação.

O art. 173 da CF/1988 trata da matéria, assim dispondo:

Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

[...]

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais e trabalhistas e tributários.

6. A execução contra as empresas públicas e as sociedades de economia mista: a consequente questão da penhora

Como se pode verificar, malgrado os dispositivos da Constituição Federal e do Código de Processo Civil, novo e antigo, tratem da execução contra a Fazenda Pública, estabelecendo a necessidade de ser a referida execução processada por meio do sistema de *precatórios judiciais*, é de se indagar se tal sistema deveria aplicar-se, *também*, às *empresas públicas* e às *sociedades de economia mista*, fato este que desperta ainda maior atenção a partir da recente jurisprudência do STF, trazida à baila na parte introdutória deste artigo.

É cabível recordar-se, incursionando-se pela seara histórica, que a questão gerou polêmica na doutrina, há algumas décadas.

O saudoso mestre Geraldo Ataliba sustentava posição no sentido de que o termo “*Fazenda Pública*” deveria abranger outros entes públicos, que não apenas a Administração central, em sua face processual, e as autarquias.³ Consequência disso seria a possibilidade de ser efetuada a execução, nos processos judiciais movidos contra tais entes, por meio dos referidos *precatórios judiciais*.

A questão, contudo, não era pacífica. José Celso de Mello Filho, ainda sob a égide da Constituição Federal de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, afirmava quanto à expressão “*Fazenda Pública*”:

Abrange a Fazenda Federal, Estadual e Municipal, bem como as respectivas autarquias. Entidades paraestatais (sociedades de economia mista e empresas públicas), porque dotadas de personalidade de direito privado, acham-se excluídas desse conceito, por força do disposto no parágrafo 1º do art. 117 da Constituição Federal, que se

³ ATALIBA, Geraldo. Execução contra pessoas administrativas. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF, v. 30, n. 119, p. 10-11, jul./set. 1993.

refere, apenas, às 'entidades de direito público'. As autarquias estão abrangidas por esta regra (RDA, 151:189). (1986, p. 350)

Hely Lopes Meirelles, dissertando sobre o tema da Administração Pública em Juízo, aduzia que as *entidades paraestatais*, ou seja, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, os serviços sociais autônomos e os entes de cooperação em geral, não têm qualquer prerrogativa processual da Fazenda Pública, só auferindo os privilégios que a lei especial lhes conceder nos limites da competência de cada entidade estatal (1991, p. 615).

Diógenes Gasparini afirma:

O patrimônio da sociedade de economia mista pode ser utilizado, onerado e alienado nos termos de seus atos constitutivos, independentemente de prévia autorização legislativa, desde que para alcançar seus objetivos [...]. Ademais, dito patrimônio não é prestigiado pelas cláusulas de inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade.

[...]

O relacionamento das sociedades de economia mista com terceiros obedece ao regime comum das empresas privadas, dado que não são portadoras de prerrogativas de autoridade ou de benesses governamentais. Seus bens não são, como já vimos, prestigiados pela inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade, e nessas condições, garantem seus credores. (1995, p. 271 et seq.)

José Cretella Júnior, por seu turno, aduzia:

Sendo as sociedades de economia mista pessoas jurídicas de direito privado, e regendo-se pelo direito comercial, são os seus bens sujeitos à penhora. Com a edição da Lei n. 9.491/97, as linhas ferroviárias foram objeto de concessão, e concessionária é organização privada que recebe do Estado a missão de gerir serviços públicos. (p. 453)

Mais recentemente, Juvêncio Vasconcelos Viana aduz, por seu turno, que existe óbice jurídico à submissão da Fazenda Pública ao procedimento comum da execução por quantia certa do CPC, em decorrência de um regime especial de tratamento dos seus bens; ou seja, das características da *inalienabilidade* e da *impenhorabilidade* de tais bens. Destarte, não se empregam “na espécie, as medidas de força ali comumente utilizadas (v.g., penhora). Como consequência da influência da doutrina italiana, costuma-se apelidar esse procedimento de “execução falsa” ou “execução aparente”. (1998, p. 156).

O mencionado autor também faz menção ao fato de que se sujeitam ao procedimento de execução contra a Fazenda Pública (por meio de precatório) a União, os estados, os municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas, os territórios e o Distrito Federal; e que os bens e rendas das sociedades de economia mista e das empresas públicas sujeitam-se à via comum de execução por quantia certa, com possibilidade, inclusive, de penhora, conquanto se deva prestar atenção ao disposto no art. 678 do Código de Processo Civil de 1973 (1998, p. 157).

Da mesma forma aduzia José Martins Catharino, ao afirmar não serem sujeitos passivos da execução por meio de precatório a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica, fazendo expressa remissão aos parágrafos 1º e 2º do art. 173 da Constituição Federal (2000, p. 9).

Sobre o tema, é importante trazer a lição de Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva (1999, p. 107-108):

Na verdade, as pessoas jurídicas de direito privado, ainda que prestadoras de serviço público, tais como as sociedades de economia mista, empresas públicas ou fundações, não têm sido incluídas no conceito de Fazenda Pública pela razão de o seu patrimônio não consistir em bens públicos inalienáveis. A propósito, a Lei 6.404/76 (art. 242) dispõe que “as companhias de economia mista não estão sujeitas à falência, mas os seus bens são penhoráveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações”. O Código de Processo Civil (art. 678) dispõe sobre a penhora de empresa que funciona mediante concessão ou autorização.

Observe-se que, embora o regime do precatório seja de índole constitucional, o mesmo restringe a efetividade da jurisdição (que é um princípio constitucional e fundamental), sendo, por isso, considerado uma exceção. E, como toda exceção, deve ser interpretada restritivamente. A inalienabilidade dos bens públicos não encontra amparo constitucional, mas sim no Código Civil (lei ordinária), que está no mesmo patamar da Lei das Sociedades Anônimas ou do Código de Processo Civil.

A necessidade de continuidade do serviço público, que pode ser considerada imperativo constitucional, pois coloca em risco atividades essenciais do Estado, é de ser preservada, evitando-se a expropriação do patrimônio que for indispensável à sua realização, mantendo-se a penhora dos bens “dominiais” ou não-essenciais. Hipótese semelhante ocorre com as representações diplomáticas e consulares brasileiras no exterior.

Além disso, costuma-se alegar que o sistema financeiro das pessoas jurídicas de direito privado não é planejado pelo orçamento público, de modo que, ante a inocorrência de incompatibilidade com os princípios constitucionais orçamentários, não seria justificável tratamento diferenciado no momento da execução forçada ou expropriação de seu patrimônio.

Ainda mais recentemente, o juiz federal Mauro Spalding, dissertando sobre o tema, afirma:

Não são abrangidas pelo conceito de Fazenda Pública, via de regra, as pessoas jurídicas de direito privado, ainda que integrantes da Administração Pública indireta, ou seja, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, já que o art. 173, parágrafo 1º, inc. II e parágrafo 2º da CF/88 preceitua que tais entidades sujeitam-se “ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”, não podendo “gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”. E, se

assim é estabelecido pela Constituição, não há falar-se, portanto, em Fazenda Pública. (2008, p. 89)

Da mesma forma é o entendimento de Délio José Rocha Sobrinho, citado por Mauro Spalding:

Não alcança, entretanto, essa modalidade especial de execução as empresas públicas (constituídas de capital exclusivamente público) e as sociedades de economia mista (formadas de capital público e privado), vez que, mesmo constituídas por recursos públicos, por serem pessoas jurídicas de direito privado, não gozam da prerrogativa da indisponibilidade de seus bens e, portanto, ficam sujeitas à execução como qualquer outra empresa formada exclusivamente por capital particular. (1999, p. 72 apud SPALDING, 2008, p. citada)

Este tem sido, em verdade, o quadro que se tem visto, ao longo de mais de três décadas de trato com questões de Direito Público, mormente em sua face processual. A execução contra a Fazenda Pública (ao menos no Estado de São Paulo), por meio do sistema de expedição de precatório judicial, tem se cingido às próprias Fazendas (Estadual e Municipais) e às respectivas autarquias, não abrangendo as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Aliás, em trabalho de minha lavra, de pouco mais de vinte anos atrás, tive a oportunidade de assim escrever:

Merecem respaldo as definições de Cândido Rangel Dinamarco e de José Celso de Mello Filho, anteriormente citadas, uma vez que não se pode estender o conceito de "Fazenda Pública" para outros entes da Administração, que não a central, ao contrário do professado por Geraldo Ataliba, no trabalho aqui referido. Com efeito, as sociedades de economia mista, as empresas públicas e outros que tais não constituem "Fazenda Pública", senão lato sensu, sendo certo que a execução de julgados proferidos contra tais entes não se processa pelo sistema contido no art. 100 da Constituição Federal e nos arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil.

Apenas as autarquias, além da própria Administração "central", por assim dizer, estão sujeitas a esse tipo de execução. (FEDERIGHI, 1996, p. 10-11)

Mesmo a questão *tributária* aponta no sentido de que tais entes não gozam dos mesmos privilégios de que goza a Administração Direta, aí incluídas as autarquias. As sociedades de economia mista e as empresas públicas *não gozam de imunidades tributárias*, inexistindo, nos seus casos, a denominada *imunidade recíproca*, o que demonstra poderem elas sofrer ação de execução fiscal, inclusive com um dos efeitos mais mezinhas desse tipo de ação, que é a *penhora de seus bens*, para a garantia do pagamento do débito.

Descabido? De forma alguma.

É pertinente trazer-se à baila o ensinamento de Marçal Justen Filho, que assim se pronuncia:

As empresas estatais subordinam-se a regime jurídico que varia em vista da atividade desempenhada, conforme se trate de exploração de atividade econômica ou prestação de serviço público.

[...]

A diferenciação tem origem na Constituição. Segundo a doutrina prevalente, a Constituição distingue a 'atividade econômica' propriamente dita (art. 173) e o 'serviço público' (art. 175).

O art. 173 da CF/88 estabelece que o Estado, em situações especiais, pode exercer diretamente atividades enquadradas no âmbito do domínio econômico propriamente dito. Já o art. 175 prevê que a prestação dos serviços públicos incumbe ao Estado. (2012, p. 257-258)

A doutrina majoritária, assim, parece apontar na direção da impossibilidade de se utilizar o sistema de precatório nas execuções judiciais contra empresas públicas e sociedades de economia mista.

Entretanto, há outras questões a serem consideradas — em especial o preponderante papel da jurisprudência, no que toca tal discussão.

7. Análise da jurisprudência referente ao tema

Como dito linhas atrás, a doutrina majoritária de nosso país aponta no sentido do descabimento da utilização do sistema de execução por meio de precatórios nos casos de empresas públicas e sociedades de economia mista, não chegando a fazer diferenciação, em sua maioria, no caso de exercício de atividades de prestação de serviços e de exploração de atividade econômica. A análise da referida diferenciação acabou ficando por conta da jurisprudência de nossas Cortes, por meio de seguidos casos que lhes foram submetidos.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo analisou casos incontáveis sobre a matéria, tendo a sua jurisprudência evoluído através dos tempos. Também o antigo 1º Tribunal de Alçada Civil deste estado tratou muitas vezes da matéria.

O referido 1º TACSP manteve, por muito tempo, posição consentânea com a referida doutrina. Assim:

PENHORA — Admissibilidade — Sociedade de economia mista — Empresa que não possui personalidade jurídica de pessoa de direito público e sim de direito privado — Possibilidade de a constrição recair sobre os bens da mesma.

É possível a penhora de bens de sociedade de economia mista, pois não possuindo essa personalidade de pessoa jurídica de direito público e sim de direito privado, inexistente óbice para a medida constritiva, conforme se depreende do art. 173, parágrafo 1º, da CF. (AI 1.070.452-6 — 6ª Câmara — J. 09.04.2002 — Relator o Juiz MARCIANO DA FONSECA — V.U.)

Observe-se, ainda, acórdão emblemático sobre a questão, em decisão proferida pelo Juiz Candido Alem, nos autos do AI 680.337-8, do mencionado 1º Tribunal de Alçada Civil:

Ao ficar mencionado no parágrafo 1º do art. 173 da atual CF que a empresa pública e a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime próprio das empresas privadas, certamente criou implicitamente uma espécie de desafetação do patrimônio público, para ser livremente manejado.

E se não fez distinção entre as que prestam serviço de interesse público e as que prestam serviço que não seja desse tipo, não pode o intérprete fazê-lo. Importa apenas é que o Estado aceitou os riscos da atividade privada, de modo que se sujeita à execução comum. Importa mais ainda é que esse preceito específico da Constituição arreda o preceito geral da indisponibilidade dos bens públicos no assunto que regula, de forma que não cabe a invocação deste.

Os bens da empresa de economia mista, quando não afetados ao serviço público (e, portanto, não sendo bens públicos), são suscetíveis de penhora, conclusão que se impõe em face do disposto no art. 173, parágrafo 1º, da CF. (cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 5. ed., Malheiros, p. 100)

Também merece lembrança acórdão encontrado na Revista dos Tribunais (RT), vol. 738/317, em caso em que a DERSA — Desenvolvimento Rodoviário S.A. contende com a empresa Heleno e Fonseca Construtécnica S.A., cuja ementa é a seguinte:

PENHORA — Renda diária — Empresa pública — Admissibilidade por não obediência à ordem do art. 655 do CPC — Inteligência do art. 173, parágrafo 1º, da CF.

O patrimônio da empresa pública, embora de origem pública, pode ser utilizado, onerado ou alienado na forma regulamentar ou estatutária, independentemente de autorização legislativa especial, porque tal autorização está implícita na lei instituidora da entidade: assim, seus bens, quando não afetados ao serviço público, são suscetíveis de penhora (art. 173, parágrafo 1º, da CF). E, não obedecendo à ordem do art. 655 do CPC, é possível a penhora de renda diária da empresa. (2ª Câmara do extinto 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo — AgIn 702.971-6 — Relator o Juiz ALBERTO TEDESCO — J. 25.09.1996 — V.U.)

Nessa decisão, o ilustre Juiz Relator assim argumentou:

A DERSA é uma sociedade de economia mista, cujo controle acionário está nas mãos do Estado, dedicada à prestação de serviços públicos. Todavia, embora possa se admitir que existam duas modalidades de empresas estatais no direito brasileiro, isto é, as que desempenham exclusivamente serviços públicos e aquelas que se dedicam a atividades econômicas ao lado das empresas privadas, a análise dos arts. 173, seu parágrafo 1º, e 175 da CF não leva à conclusão de que somente estas últimas se submetem ao regime próprio das empresas privadas. A CF não faz qualquer diferenciação entre as duas espécies.

A questão, outrossim, continuou a ser submetida às nossas Cortes. O Supremo Tribunal Federal, analisando múltiplos casos, firmou jurisprudência no sentido de que

não podem ser objeto de penhora os bens de empresa pública vinculados à prestação de serviço público cuja prestação seja obrigatória e exclusiva do Estado.

Neste sentido, é o parecer da lavra do Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, proferido nos autos do Recurso Extraordinário n. 605.719/SE, em que figura como recorrida a EMSURB — Empresa Municipal de Serviços Urbanos.

Assim é a manifestação do ilustre Procurador-Geral:

Por outro lado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que as empresas públicas prestadoras de serviços públicos se distinguem das empresas públicas exploradoras de atividade econômica para fins de sujeição ao regime de precatórios, de modo que não podem ser objeto de penhora os bens, rendas e repasses especificamente vinculados à prestação do serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado. (RE 599.628-RG, Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, redator para o Acórdão o Min. Joaquim Barbosa, DJe de 17.10.2011)

É esta a redação do V. Acórdão referido:

A EMSURB é empresa pública prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado. Diferencia-se, pois, das empresas públicas que exercem atividades econômicas. Dentro desse quadro, pode-se afirmar que a EMSURB é pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, não se aplicando, portanto, as restrições do art. 173, parágrafo 1º, da Constituição Federal. Nesse sentido, é reiterada e uníssona a jurisprudência desta Suprema Corte: ACO 959, Rel. Min. Menezes Direito, DJ 16.05.2008; ACO 1095, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 02.05.2008; AC 1947 MC, Rel. Min. Carlos Britto, decisão monocrática, DJ 21.02.2008; AI 243250-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 23.04.2004; RE 230.051-ED, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, DJ 08.8.2003. (Rcl. 6.370-MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 20.10.2008)

A Colenda 5ª Câmara da Seção de Direito Público do TJSP proferiu decisão de grande importância sobre o tema, em ação movida contra a Prefeitura Municipal de São Paulo e a SPTrans pela empresa Viação Cidade Tiradentes Ltda., tendo a ementa assim sido redigida:

AGRAVO DE INSTRUMENTO — EXECUÇÃO — Diferenças remuneratórias — Contrato de transporte coletivo de passageiros — Decisão atacada que determinou a penhora “on line” de ativos financeiros em nome da exequente SPTRANS, até o limite do débito — Insurgência da Municipalidade de São Paulo — Já restou decidido ser possível a penhora de bens de sociedade de economia mista prestadora de serviço público, bem como que a impenhorabilidade do patrimônio da SPTRANS, na hipótese em exame, atinge apenas a denominada “Conta Sistema”, de modo que seus demais bens, inclusive a denominada “Conta Gestão” podem ser objeto de penhora — Valor proveniente da “Conta Gestão” que não é destinado exclusivamente à execução do serviço público, de modo que não afeta a continuidade da atividade

de interesse público prestada à população – Precedentes – SPTRANS, sociedade de economia mista que exerce atividade econômica, não se submete ao regime do artigo 730 do Código de Processo Civil, de modo que os privilégios conferidos à Fazenda Pública não lhes são extensíveis – Precedentes – Decisão mantida – Recurso improvido. (5ª Câmara de Direito Público do TJSP – Agravo de Instrumento n. 2049289-43.2015.8.26.0000 – Relatora a Desembargadora MARIA LAURA TAVARES – j. 25.05.2015 – V.U.)

O objeto da ação é a cobrança de diferenças de remuneração do período de 1.12.1996 a 11.8.1997, em razão da prestação de serviços de transporte coletivo de passageiros, *decorrente de contrato firmado entre a autora e a Companhia Municipal de Transportes Coletivos (CMTC), hoje substituída pela SPTrans*, tendo sido as rés condenadas ao pagamento dos valores pleiteados na inicial, atualizado.

A Municipalidade de São Paulo sustenta a *impenhorabilidade absoluta* dos bens da SPTrans, já que a integralidade de seu patrimônio é destinada à realização de seu objeto social, e manteve a determinação de penhora *on line* de ativos financeiros em nome de tal sociedade de economia mista, até o limite do débito, na ocasião no valor de R\$ 21.014.998,00. Entende que a execução do *quantum debeatur* deve se dar no sistema do então vigente art. 730 do CPC revogado, com o consequente pagamento por intermédio de precatórios. Aduz que, à luz do art. 30, inciso V, da Constituição Federal, o Município tem legitimidade e interesse para defender a manutenção, em pleno funcionamento, do sistema de transporte coletivo urbano, de caráter essencial afirmado expressamente pela Constituição, como verdadeiro direito fundamental do povo.

De outro lado, o patrimônio da SPTrans estaria totalmente afetado ao gerenciamento, fiscalização e planejamento do serviço de transporte coletivo da Capital. Assim, a questão seria de ordem pública, concluindo-se pela *impenhorabilidade absoluta* desses bens.

Outrossim, a SPTrans possuiria dois tipos de contas: as denominadas “Contas Sistema” e as “Contas Gestão SPTrans”. As primeiras abrigam valores necessários à “gestão financeira do sistema público de transporte coletivo da Capital”; as segundas recebem os depósitos de numerário exclusivo, reservado pela Lei Orçamentária Anual do Município, a ser empenhado à SPTrans, sendo tal dotação a sua única fonte de recursos, já que não pode captar recursos de outras fontes, em virtude de ter sido criada e contratada para prestar serviço público com exclusividade ao Município de São Paulo.

O TJSP adotou o entendimento de que apenas as denominadas “Contas Sistemas” estariam abrigadas pela impenhorabilidade, posto que abrigam valores públicos necessários à gestão financeira do sistema público de transporte coletivo da Capital, e os demais bens, inclusive as “Contas Gestão”, *podem ser alvo de penhora*. Entendeu a Corte Paulista que a SPTrans é sociedade de economia mista; como tal, tem personalidade jurídica de direito privado, submetendo-se às regras de direito privado, podendo, em tese, sofrer execução forçada, com penhora de bens, independentemente de ser prestadora de serviço público, em decorrência do art. 173 da CF.

Há vasto número de precedentes desse Tribunal a respeito da questão. Assim, cabível trazer à baila as seguintes decisões:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL — AGRAVO DE INSTRUMENTO — IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA — SOCIEDADE DE

ECONOMIA MISTA – CONTAS BANCÁRIAS – BLOQUEIO E PENHORA – POSSIBILIDADE. As sociedades de economia mista sujeitam-se ao regime de direito privado, podendo, portanto, ter seus bens bloqueados ou penhorados – Ademais, não há afetação de bem ao serviço público, mesmo que admitida tal restrição em relação a dinheiro, bem essencialmente fungível – Decisão mantida – Nega-se provimento ao recurso. (AI n. 0254430-98.2012.8.26.0000 – 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Relator o Desembargador XAVIER DE AQUINO – J. 13.08.2013)

RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – FASE DE EXECUÇÃO – PENHORA SOBRE O PRODUTO DA BILHETERIA – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – POSSIBILIDADE. 1. Decisão determinando a penhora sobre o produto da bilheteria da executada. 2. Embora a empresa executada seja sociedade de economia mista e concessionária de serviço público de transporte coletivo ferroviário, a penhora do produto da bilheteria não caracteriza a constrição sobre bens afetados à atividade preponderante. 3. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça e do C. Superior Tribunal de Justiça. 4. Decisão mantida. 5. Recurso de agravo de instrumento desprovido. (AI n. 0150616-70.2012.8.26.0000 – 5ª Câmara de Direito Público do TJSP – Relator o Desembargador FRANCISCO BIANCO – Dezembro de 2012)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Penhora de bens. Sociedade de economia mista. Possibilidade. Sujeição ao regime jurídico de direito privado. Inteligência do art. 173, II, da CF. Submissão ao regime comum das sociedades em geral para a cobrança de débitos. Impenhorabilidade relativa dos bens, restrita àqueles diretamente vinculados ao serviço público prestado. Precedentes. Decisão mantida. Recurso improvido. (AI n. 0077465-71.2012.8.26.0000 – 2ª Câmara de Direito Público do TJSP – Relator o Desembargador CLÁUDIO AUGUSTO PEDRASSI – J. 28.08.2012)

Agravo de Instrumento. Execução. Penhora em dinheiro de sociedade de economia mista que presta serviço público. Arguição de impenhorabilidade. Preclusão. Inocorrência. A arguição de impenhorabilidade, decorrente de lei, pode ser arguida a qualquer tempo – Improcedência, contudo, da arguição. A sociedade de economia mista tem personalidade jurídica de direito privado e está sujeita, quanto à cobrança de seus débitos, ao regime comum das sociedades em geral, nada importando o fato de que preste serviço público. A arrecadação tarifária da empresa estatal constitui renda da atividade e, como tal, fica sujeita à constrição. Art. 242 da Lei 6404/76 e art. 173, § 1º, II, da CF/88. Recurso improvido. (AI N. 0073440-69.1999.8.26.0000 – 8ª Câmara de Direito Público – Relator o Desembargador JOSÉ SANTANA – J. 03.11.1999)

Também o E. STJ já se pronunciou sobre a questão, da seguinte forma:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. BENS. IMPENHORABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. *Cuida-se de Agravo em Recurso Especial interposto contra acórdão que afastou a penhora, no atual estágio do procedimento, uma vez que nem sequer houve a liquidação, além de assentar a impenhorabilidade dos bens de sociedade de economia mista que sejam necessários à comunidade do serviço público.*
2. *Pretende a recorrente o reconhecimento da impenhorabilidade dos valores depositados em conta corrente, que, segundo ela, são destinados exclusivamente à execução do serviço público.*
3. *Não se conhece da alegada ofensa ao art. 535 do CPC quando a parte limita-se a apresentar alegações genéricas no sentido de que o Tribunal “a quo” não apreciou todas as questões levantadas, sem indicar concretamente em que consistiu a suposta omissão. Aplicação da Súmula 284/STF.*
4. *No que tange à questão da impenhorabilidade dos bens afetados ao serviço público, o julgado recorrido não diverge da orientação do STJ, segundo a qual são impenhoráveis os bens de sociedade de economia mista prestadora de serviço público, desde que destinados à prestação do serviço ou que o ato constitutivo possa comprometer a execução da atividade de interesse público (cf. AgRg no Resp 1.070.160/AL, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 10.11.2009; Resp 521.047/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20.11.2003).*
5. *Hipótese na qual o acórdão recorrido afastou, nessa fase do procedimento, a determinação da penhora, não tendo, por conseguinte, analisado a natureza dos bens que a recorrente busca proteger, nem a sua vinculação à regular prestação do serviço público, o que lhe caberá demonstrar no momento processual oportuno. Dessarte, é impossível conhecer, no Recurso Especial, da imprescindibilidade à execução do serviço público dos valores que se pretendem resguardar, sob pena de ofensa à Súmula 7/STJ: ‘A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial’.*
6. *Agravo Regimental não provido (Ag. no AI em Resp n. 37545-SP, 2ª Turma, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, j. 07.02.2012).*

PROCESSUAL CIVIL. PENHORA. BENS DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. 1. A sociedade de economia mista, posto consubstanciar personalidade jurídica de direito privado, sujeita-se, na cobrança de seus débitos ao regime comum das sociedades em geral, nada importando o fato de prestarem serviço público, desde que a execução da função não reste comprometida pela constrição. Precedentes. 2. Recurso especial desprovido (REsp 521.047-SP – 1ª Turma – Relator o Ministro LUIZ FUX – J. 20.11.2003).

Processo Civil. Bilheteria de empresa concessionária de serviço público – Transporte público coletivo. Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ. Penhora. Sociedade de economia mista estadual. Possibilidade. A receita das bilheterias que não inviabilizam o funcionamento da devedora sociedade de economia mista estadual pode ser objeto de penhora, na falta de vedação legal, e desde que não alcance os próprios bens destinados especificamente ao serviço público prestado, hipótese que é diversa daquela da ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, amparada pelo Decreto-lei n. 509/69 (REsp

343.968-SP — 3ª Turma — Relatora a Ministra NANCY ANDRIGHI — J. 05.02.2002).

É pertinente lembrar-se que, se a sociedade ou a empresa exerce atividade econômica, não se submete ao regime dos precatórios (art. 730 do CPC anterior), de modo que os privilégios processuais conferidos à Fazenda Pública *não lhe são extensíveis*.

Também é pertinente lembrar que é cabível o exame caso a caso das entidades réas de ações de cobrança, como aquela aqui referida, em especial dos Estatutos da empresa ou da sociedade, para verificar algumas de suas características, perante a legislação aplicável.

Assim, apenas para ilustrar, ainda com o caso da SPTrans, verifica-se, pela análise do art. 4º, parágrafo 3º, de seu Estatuto, que, não obstante a Municipalidade de São Paulo seja a controladora da maioria das ações, as demais se submetem à SPTrans, que tem sobre elas o poder de administração. E mais: o art. 18 do referido Estatuto demonstra ser tal sociedade *geradora de lucros*.

Art. 18 — Do lucro do exercício, deduzidos eventuais prejuízos acumulados, a provisão do Imposto de Renda e o percentual destinado à reserva legal, destinar-se-ão:

I — 5% (cinco por cento) para constituição do fundo de aquisição de material novo;

II — 2,5% (dois e meio por cento) para o fundo de contingências ou eventuais; e

III — 1.5% (um e meio por cento) para o fundo de pesquisas e estudos.

Parágrafo 1º — O limite máximo das reservas será o equivalente à expressão monetária atualizada do capital social.

Parágrafo 2º — O saldo remanescente das deduções, provisão e reservas, será imputado no pagamento do dividendo obrigatório e o restante terá o destino deliberado pela Assembleia Geral.

Assim, no caso referido, a conclusão foi no sentido de que, se a “Conta Sistema” gozava de impenhorabilidade, a “Conta Gestão” não estava abrangida por tal benesse, podendo ser efetuada a penhora de numerário nela existente.

O STF também já se pronunciou sobre o tema, igualmente como foi dito na abertura deste humilde contributo ao debate sobre a questão, ressaltando a distinção entre *empresas estatais que prestam serviço público* e *empresas estatais que empreendem atividade econômica em sentido estrito*. Assim, tendo-se em vista a matéria aqui tratada, merecem menção as seguintes decisões, entre tantas outras:

FINANCEIRO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PAGAMENTO DE VALORES POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. INAPLICABILIDADE DO REGIME DE PRECATÓRIO. ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL CUJA REPERCUSSÃO GERAL FOI RECONHECIDA.

Os privilégios da Fazenda Pública são inextensíveis às sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas.

Portanto, a empresa Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. – Eletronorte não pode se beneficiar do sistema de pagamento por precatório de dívidas decorrentes de decisões judiciais (art. 100 da Constituição)

Recurso extraordinário ao qual se nega provimento (RE n. 599.628/DF, Sessão Plenária – Relator para o Acórdão Ministro JOAQUIM BARBOSA – J. 25.05.2011).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF. EMPRESA PÚBLICA. EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA. REGIME JURÍDICO DE EMPRESA PRIVADA. O Supremo fixou entendimento no sentido de que as empresas públicas que exercem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no RE n. 552.217/RGS – 2ª Turma – Relator o Ministro EROS GRAU – J. 29.09.2009).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ALÍNEA “d” DO INCISOXXXIII DO ARTIGO 62 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS – APROVAÇÃO DO PROVIMENTO, PELO EXECUTIVO, DOS CARGOS DE PRESIDENTE DAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA ESTADUAL PELA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA – ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL – DISTINÇÃO ENTRE EMPRESAS ESTATAIS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO E EMPRESAS ESTATAIS QUE DESENVOLVEM ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO – REGIME JURÍDICO ESTRUTURAL E REGIME JURÍDICO FUNCIONAL DAS EMPRESAS ESTATAIS – INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL – INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO.

[...]

2. As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no parágrafo 1º do art. 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

3. Distinção entre empresas estatais que prestam serviço público e empresas estatais que empreendem atividade econômica em sentido estrito.

4. O parágrafo 1º do art. 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público [...]. (ADI 1.642 – Pleno – Relator o Ministro EROS GRAU – J. 03.04.2008)

Pertinente concluir-se, em face do que até aqui foi dito e das repetidas decisões de nossa jurisprudência, inclusive das Cortes Superiores, que, nos casos de empresas públicas e sociedades de economia mista *prestadoras de serviços públicos, descaberá a penhora de seus bens ligados à referida prestação dos serviços*, impondo-se, nesses casos, a execução dos seus débitos por meio do sistema de *precatórios judiciais*, o que por certo é uma conclusão absolutamente desalentadora para os seus diversos credores.

Há alguns casos específicos, por certo, que são, aliás, apontados por Mauro Spalding com acerto; entre eles, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), que, segundo

o referido autor, se embasa em entendimento do STF, quando devedora inadimplente, deve “submeter-se ao regime especial dispensado à Fazenda Pública na condição de executada” (2008, p. 96-97).

Aliás, a respeito, merece lembrança a seguinte decisão do STF:

PENHORA — Bens, rendas e serviços de empresa pública — Inadmissibilidade — Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos que é mantida pela União Federal — Prestação de serviço de “competência do Estado” — Circunstância que viabiliza o direito ao privilégio da impenhorabilidade.

Ementa da Redação: A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, por ser empresa pública que presta serviço de “competência do Estado”, mantida pela União Federal, faz jus ao privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. (EDcl no RE 230.051-6-SP — Sessão Plenária — J. 11.06.2003 — Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA — DJU 08.08.2003; in RT 819/135)

8. Conclusões

Destarte, questão já devidamente sedimentada na jurisprudência de nossas Cortes, inclusive de sua Corte máxima, é pertinente concluir-se no sentido de que: a) as empresas estatais são *peças jurídicas de direito privado*, pertencentes à denominada Administração Pública Indireta; b) as *empresas públicas*, nos termos do art. 5º, II, do Decreto-lei nº 200/1967, são *entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio* e capital público, criadas por lei e voltadas à exploração de atividade econômica que o governo seja levado a exercer, por força de contingência ou por conveniência administrativa; têm a sua criação *autorizada por lei específica*, sendo *todo o seu capital público*; sua *forma organizacional é livre*; c) as *sociedades de economia mista* são, nos termos do inciso III do art. 5º do Decreto-lei nº 200/1967, as entidades dotadas de *personalidade jurídica de direito privado*, criadas por lei para a *exploração de atividade econômica*, sob a forma de *sociedade anônima*; a *maioria* do seu capital é *público*; d) os *bens públicos* são *impenhoráveis*, a teor do disposto nos arts. 100 do Código Civil de 2002 e 833, I, do novo Código de Processo Civil, o que leva à execução por meio de precatórios contra as Fazendas Públicas; e) tal tipo de execução tem se cingido às próprias Fazendas (União, Fazendas Estaduais e Municipais), além das respectivas autarquias, não abrangendo as empresas públicas e as sociedades de economia mista; a doutrina majoritária aponta no sentido de não ser possível utilizar-se o sistema de precatórios judiciais contra as empresas públicas e as sociedades de economia mista; f) em face, entretanto, de reiteradas decisões das nossas Cortes, inclusive do STF e do STJ, já se forma sólido entendimento no sentido de que *não são penhoráveis ativos financeiros de empresas públicas ou de sociedades de economia mista que não exerçam atividade econômica, cingindo-se à prestação de serviços públicos*, caso em que, por raciocínio inverso, será cabível a execução por meio do sistema de precatório. Aquelas empresas e sociedades que exercerem tais atividades econômicas *estão sujeitas à penhora de seus ativos financeiros*.

Referências bibliográficas

- ATALIBA, Geraldo. Execução contra pessoas administrativas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 30, n. 119, p. 5-24, jul./set. 1993.
- CATHARINO, José Martins. *Do Precatório*. São Paulo: LTr, 2000.
- CRETELLA Júnior, José. *Administração Indireta Brasileira*. 3. ed.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- FEDERIGHI, Wanderley José. *A Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal Anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Manual da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SPALDING, Mauro. *Execução contra a Fazenda Pública Federal (por quantia certa)*. Curitiba: Juruá, 2008.
- VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 1998.